

G.K. Schoep¹

Van terughoudend naar directief. Wetgevingsdiscours dat raakt aan de vrijheid van de rechter bij straftoemeting²

59 *Het voorstel tot beperking van de mogelijkheden tot het opleggen van taakstraffen raakt aan de vrijheid van de rechter bij de straftoemeting en lijkt een verschuiving te zijn in de grondhouding van de wetgever ten opzichte van die vrijheid. De ervaring wijst uit dat meer wettelijke sturing van strafrechtelijk beleid en straftoemeting veelal samenhangt met een meer punitieve grondhouding ten aanzien daarvan. Het wetgevingsdebat moet daarom ook gaan over de rol van de wetgever. Recent zelfonderzoek naar het functioneren van de Tweede Kamer wijst uit dat men zich bewust is van problemen van samenhang en consistentie in het wetgevingsproces. De kwaliteit daarvan, zo wordt betoogd, hangt samen met de wijze waarop men zich rekenschap aflegt van de rechtsstatelijke en straftheoretische consequenties van dit voorstel, voor nu en in de toekomst. Zelfreflectie vraagt in dit verband om enige distantie en ‘slow politics’.*

I Inleiding

Het concept wetsvoorstel in verband met het beperken van de mogelijkheden om een taakstraf op te leggen bij ernstige zeden- en geweldsmisdrijven strekt er toe de mogelijkheid te beperken dat de rechter een taakstraf oplegt bij misdrijven waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van zes jaar of meer is gesteld en waardoor een ernstige inbreuk is gemaakt op de lichamelijke integriteit van het slachtoffer. Beoogd wordt uit te sluiten dat de rechter in dergelijke gevallen volstaat met de oplegging van een taakstraf, niet wordt uitgesloten dat de rechter een taakstraf kan opleggen in com-

¹ Universitair hoofddocent straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Haarlem.

² Citeerwijze: G.K. Schoep, ‘Van terughoudend naar directief. Wetgevingsdiscours dat raakt aan de vrijheid van de rechter bij straftoemeting’, *DD* 2009, 59.

binatie met een onvoorwaardelijke, voorwaardelijke of deels onvoorwaardelijke gevangenisstraf. Oplegging van een tweede ('kale') taakstraf wordt in beginsel wel uitgesloten indien de veroordeelde opnieuw een soortgelijk misdrijf heeft gepleegd. Daarnaast beoogt het concept wetsvoorstel de mogelijkheid in te voeren dat bij AMvB misdrijven kunnen worden aangewezen die weliswaar niet aan de hierboven genoemde criteria voldoen, maar waarvoor oplegging van een taakstraf toch als onwenselijk wordt beschouwd. Het concept heeft het in dat verband over de zeden- en geweldsmisdrijven waarvoor een taakstraf in het bestaande voorstel is uitgesloten.³

Het voorstel heeft veel stof doen opwaaien. Adviezen vanuit de Raad voor de rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten bestrijden, evenals Schuyt, het nut en de noodzaak van de beoogde beperking in de vrijheid van de rechter bij de straftoemeting.⁴ In het oog springt daarbij vooral het gegeven dat de straftoemetingspraktijk van de rechter zich in grote lijnen conform de doelstellingen van de wetgever lijkt te voltrekken, ook zoals deze zijn geformuleerd in het onderhavige conceptwetsvoorstel.⁵ Tevens worden de staatsrechtelijke consequenties van, met name, het bij AMvB aanwijzen van misdrijven waarvoor oplegging van taakstraffen onmogelijk wordt, in deze adviezen aan de orde gesteld. Ook Loof wijst op de grondwettelijke bezwaren die samenhangen met deze beoogde wijziging.⁶ Desalniettemin heeft de minister aanleiding gezien tot een nadere wettelijke verankering van de maatschappelijke en politieke wens tot beperking van de mogelijkheden tot het opleggen van taakstraffen.

De vraag is waarom de minister en, zo blijkt, de Tweede Kamer thans aanleiding zien tot een nadere wettelijke verankering van

3 Conceptwetsvoorstel tot Wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het beperken van de mogelijkheden om een taakstraf op te leggen voor ernstige zeden- en geweldsmisdrijven d.d. 8 december 2008; te raadplegen via www.justitie.nl.

4 A. Klijn e.a., *Moord, doodslag, taakstraf? Een Zembla-uitzending nader bekeken* (Research Memoranda 4-1), Den Haag: Raad voor de rechtspraak/OM 2008; Preadvies van de Adviescommissie Strafrecht inzake Wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het beperken van de mogelijkheid om een taakstraf op te leggen voor ernstige zeden- en geweldsmisdrijven d.d. 22 januari 2009, te raadplegen via www.advocatenorde.nl; P.M. Schuyt, 'Het bepalen van de straf: een taak van de rechter', *Trema Straftoemetingsbulletin* 2009, p. 13-16.

5 Dat is in grote lijnen de uitkomst van het gezamenlijk onderzoek van Raad voor de rechtspraak en openbaar ministerie naar de oplegging van taakstraffen, zie Klijn e.a. 2008, p. 7.

6 J.P. Loof, 'Dissenting Opinion: Over Balkenende-IV, strafoplegging, AMVB's en (de geest van) de grondwet', *NJCM-Bulletin*, 2009, p. 246-248.

de beperking van de mogelijkheden tot het opleggen van taakstraffen. Daarmee komt tevens de vraag aan de orde of de voorgestelde wetgeving met betrekking tot de taakstraf een (potentiële) verschuiving blootlegt in de houding van de wetgever ten opzichte van de straffoemeting door de rechter. Groenhuijsen vroeg zich in dat verband reeds af of sprake is van een uitholling van een voor het Nederlandse strafrecht gezichtsbepalend uitgangspunt, te weten de discretionaire ruimte van de rechter bij de straffoemeting.⁷ De bedoelde verschuiving zou bestaan uit een meer directieve benadering door de wetgever van de wijze waarop de rechter gebruikt maakt van zijn in het stelsel van het strafrecht besloten liggende vrijheid bij de straffoemeting. Om die reden is het conceptwetsvoorstel verstrekkend en verdient het een gedegen analyse.

Dat het van belang is dit gegeven reeds nu te onderkennen, wijst het verleden uit. Ervaringen uit andere landen leren, dat wanneer de wetgever besluit de ruimte van de rechter bij de straffoemeting in te perken daaraan veelal een meer punitieve grondhouding ten aanzien van het strafrechtelijk beleid en de straffoemeting door de rechter ten grondslag ligt. Deze benadering werd eerder door Anthony Bottoms beschreven als 'populist punitiveness'.⁸ Downes en Van Swaaningen stellen, met anderen, vast dat het Nederlands strafrechtelijk beleid is verhard.⁹ Deze ontwikkeling zou passen binnen het patroon van de door Garland beschreven punitieve draai die het strafrechtelijk beleid in de Verenigde Staten van Amerika en het Verenigd Koninkrijk de laatste decennia heeft genomen.¹⁰ Maatregelen met het oog op de beperking van vrijheden van de rechter bij de straffoemeting, en dus een nadrukkelijker rol van de wetgeving bij de strafoplegging in individuele gevallen, maken deel uit van de argumentatie van Garland. Te denken valt aan het invoeren van delict-specifieke minimumstraffen. Het bij wet catalogiseren van strafbare feiten waarvoor bepaalde straffen wel en andere niet kunnen worden

7 M.S. Groenhuijsen, 'Sluipende uitholling van strafrechtelijke uitgangspunten. De bijzondere plaats van de taakstraf?', *DD* 2009, 31.

8 A. Bottoms, 'The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing', in: C.M.V. Clarkson & R. Morgan (eds.), *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 17-49.

9 David Downes & René van Swaaningen, 'The Road to Dystopia? Changes in the Penal Climate of the Netherlands', in: M. Tonry & C. Bijleveld (eds.), *Criminal Justice in the Netherlands. Crime and Justice. A Review of Research*, Chicago: The Chicago University Press (35) 2007, p. 65-66.

10 D. Garland, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press 2002, p. 142-145.

opgelegd, past in dat beeld, net als het bij wet (of AMvB) aanwijzen van delicttypen waarbij ingeval van veroordeling geen mogelijkheid bestaat tot oplegging van taakstraffen.

Het conceptwetsvoorstel is onlangs door het kabinet goedgekeurd en is voor advies aan de Raad van State gezonden.¹¹ De vraag is op welke wijze, gezien het verstrekkende karakter van het conceptwetsvoorstel, het debat in de Tweede Kamer zal worden gevoerd. In dat verband wordt wel eens getwijfeld aan de rationaliteit en de aandacht voor samenhang en consistentie in dergelijke debatten.¹² Recent onderzoek naar het (eigen) functioneren van de Tweede Kamer wees uit dat men zich van dat probleem bewust is.¹³ Het debat over de vrijheid van de rechter bij de straftoemeting gaat dan ook niet alleen over de rechter. In het licht van het hierboven aangestipte ‘populist punitiveness’ gaat het, en moet het ook gaan, over de rol van de wetgever en de verantwoordelijkheid die hij wil nemen voor de straftoemetingspraktijk. Deze bijdrage is gericht op die verantwoordelijkheid en vooral exploratief van aard. Gekeken zal worden naar de grondhouding die de wetgever traditioneel inneemt ten aanzien van de straftoemetingsvrijheid van de rechter. In aanvulling daarop zal recent en minder recent wetgevingsdiscours dat raakt aan de vrijheid van de rechter bij de straftoemeting aan de orde komen. In dat licht wordt de verhouding tussen dit wetgevingsdiscours en het hierboven beschreven conceptwetsvoorstel nader bekeken. Aan de hand van de resultaten van deze beschrijving zal voorts worden getracht enige duiding daarvan te geven met het oog op de kwaliteit van het wetgevingsproces – een aspect dat in het licht van een recente zelfreflectie van de Tweede Kamer moet worden gezien als een zelfstandig beoordelingskader.

2 Aanknopingspunten voor de grondhouding van de wetgever ten opzichte van de straftoemetingsvrijheid van de rechter

De vrijheid van de rechter bij de straftoemeting vormt geen doel op zich, maar is altijd een vrijheid in gebondenheid aan de doelstellingen waartoe die bevoegdheid is verleend en een vrijheid die de resultante

¹¹ Zie: <http://www.justitie.nl/actueel/nieuwsberichten/archief-2009/90520kabinet-akkoord-met-inperking-taakstraffen-bij-zeden-en-geweldsmisdrijven.aspx?cp=34&cs=578>.

¹² C.P.M. Cleiren, ‘Zoeken naar samenhang en consistentie’, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Op zoek naar samenhang*, Deventer: Kluwer 2006, p. 23.

¹³ Tweede Kamer der Staten-Generaal, *Vertrouwen en zelfvertrouwen. Analyse en aanbevelingen*, Den Haag: 2009.

is van de afwegingen die worden gemaakt op het niveau van de Trias Politica. Een verschuiving in het denken over de rechterlijke vrijheid van de rechter bij de straffoemeting, markeert dan ook een verschuiving in het daaraan ten grondslag liggende denken over de verhoudingen binnen de Trias Politica, in het bijzonder over de betekenis van legaliteit, en kan een uiting zijn van een verschuiving in het denken over de grondslagen en doelstellingen van het strafrechtelijk sanctiestelsel.

Binnen de algemene grenzen van het sanctiestelsel en het stelsel van strafposities heeft de strafrechter als bekend een ruime vrijheid te beslissen over strafsoort, strafmaat en -modaliteit. Die vrijheid wordt door velen gezien als een belangrijke uiting van een zekere rechtscultuur die besloten ligt in het Nederlandse strafrecht.¹⁴ Deze voor het Nederlandse strafrecht bepalende discretionaire bevoegdheid van de strafrechter is evenwel, zoals gesteld, altijd een vrijheid in gebondenheid. De autonomie van de strafrechter bij de straffoemeting wordt in dat verband bijvoorbeeld begrensd door het gegeven dat deze altijd moet worden toegepast in overeenstemming met de doelstellingen waartoe deze bevoegdheid is verleend. Bovendien noodzaakt dit gegeven tot een voortdurende analyse van de rechtsstatelijke en democratische context waarbinnen de vrijheid van de strafrechter vorm krijgt.¹⁵ Het genoemde concept wetsvoorstel taakstraffen raakt aan beide aspecten, die van belang zijn voor de legitimiteit van het rechterlijk oordeel over de straf.

Vanuit rechtsstatelijk perspectief wordt algemeen aangenomen dat een groot vertrouwen in de rechterlijke macht een constituerende factor is voor de in het stelsel van strafrecht besloten liggende vrijheid van de strafrechter bij de straffoemeting. Als zodanig vormde het vertrouwen in de rechtsprekende macht ook één van de voorbeelden die naar het oordeel van Modderman het Wetboek van Strafrecht als een werkelijk nationaal wetboek kenmerkten.¹⁶ Naar het oordeel van Schuyt is er een belangrijke relatie tussen het vertrouwen dat de wetgever heeft in de rechterlijke macht en de vrijheid die de rechter krijgt bij de strafoplegging: 'hoe meer vertrouwen, hoe

¹⁴ Zie bijvoorbeeld M.J. Borgers, 'Het wettelijke sanctiestelsel en de straffoemetingsvrijheid van de rechter', *DD* 2005, 11, en recent nog Groenhuijsen 2009, p. 420.

¹⁵ G.K. Schoep, *Straffoemetingsrecht en strafvorming* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008, p. 5; C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1989.

¹⁶ H.J. Smidt, *Geschiedenis van het wetboek van strafrecht. Deel I*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1881, p. 20-21.

meer vrijheid en andersom, hoe minder vertrouwen, hoe meer voorschriften'.¹⁷ Het begrip vertrouwen is noodzakelijk verbonden met het begrip verwachtingen. Vertrouwen in de rechter is gerelateerd aan de verwachtingen die worden gekoesterd ten aanzien van de toepassing van het recht – het lijkt me dan ook moeizaam uitspraken te doen over het vertrouwen in de rechter zonder die verwachtingen te expliciteren. In dat verband wijst Schuyt er, onder verwijzing naar ontwikkelingen in de Verenigde Staten, terecht op dat het verwachtingspatroon van 'de burger' in de regel wordt gevoed door de perceptie dat 'de rechter' te licht straft.¹⁸ Het is ook deze perceptie die nogal eens lijkt te prevaleren in maatschappelijke en politieke debatten en die gevolgen heeft voor het vertrouwen dat de strafrechter geniet. Toch is vertrouwen niet het gehele verhaal, zeker niet wanneer het gaat over dat van 'de burger' in 'de rechtspraak'. Dergelijke abstracties, hoe onmisbaar ook, vertroebelen het zicht op de zelfstandige taak en functie van de organen die, naast de rechtsprekende macht, een verantwoordelijkheid dragen voor het functioneren van de strafrechtspraak.

Vanuit de relatie wetgeving en strafrechtspraak dient zich een tweede perspectief aan van waaruit het onderhavige onderwerp dient te worden besproken, te weten het legaliteitsvereiste – een gebod dat zich logischerwijs ook tot de wetgever richt en juist om die reden in deze discussie een belangrijk gezichtspunt kan bieden. De gebruikelijke perceptie van het legaliteitsbeginsel doet veronderstellen dat ook de regels die betrekking hebben op de straftoemeting gezamenlijk een helder, scherp omlijnd en toegankelijk geheel vormen, op grond waarvan duidelijk wordt in welke gevallen welke sanctie wordt opgelegd en welke de hoogte van de sanctie zal zijn.¹⁹ Over de wijze waarop dit daadwerkelijk het geval is en zou moeten zijn, is evenwel discussie mogelijk. Naar haar huidige uitwerking lijkt het vooral een belangrijk streven te zijn, eerder dan een adequate beschrijving van de staat van het sanctiestelsel en de normering van de straftoemeting.²⁰ In 2007 vroeg Kelk al aandacht voor een herijking van de bete-

¹⁷ Schuyt 2009, p. 14.

¹⁸ Schuyt 2009, p. 14-15.

¹⁹ In deze zin: J. De Hullu, *Materieel Strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 100.

²⁰ Zie hieromtrent: G.K. Schoep, *Straftoemetingsrecht en strafvorming* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2008, p. 86-91.

kenis van *nulla poena sine lege* voor de straftoemeting.²¹ Het lijkt er op dat dit vraagstuk thans meer dan ooit op de agenda moet komen.

De vrijheid van de strafrechter bij de straftoemeting kan in aanvulling op het voorgaande niet los worden gezien van de doelstellingen die aan het strafrechtelijk sanctiestelsel ten grondslag liggen. In dat verband is duidelijk dat de rechterlijke straftoemetingsvrijheid niet verbonden met één specifieke strafrechtelijke stroming.²² Het sanctiestelsel kenmerkt zich door de meervoudigheid van de doelen-einden die met de straf kunnen worden nagestreefd. Om deze reden wordt het Nederlandse stelsel in de regel omschreven als berustend op de zogenaamde verenigingstheorie, op grond waarvan bij de straf-toemeting meerdere doelen kunnen en mogen meespelen, zonder dat binnen die categorie strafdoelen enige vorm van rangorde is aangebracht.²³ Vergelding, normbevestiging, generale preventie, beveiliging van de maatschappij, conflictoplossing en resocialisatie spelen nu vrijwel altijd een rol in wetgeving en beleid, terwijl in recentere discussies, met de opkomst van de zelfstandige positie van het slachtoffer in het strafproces, nadrukkelijk de aandacht is gevraagd voor de belangen van herstel en genoegdoening binnen de praktijk van de strafrechtspleging.²⁴ De verenigingstheorie duidt vanuit wetgevingsperspectief op de inrichting van een sanctiestelsel waarin recht kan worden gedaan aan alle bij de straf betrokken belangen en vanuit het perspectief van de rechter op de principiële openheid ten aanzien van de te hanteren doelstellingen bij de straf. Die openheid komt tot uitdrukking in de (sinds de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafrecht alleen maar toegenomen) keuzemogelijkheden in het sanctiearsenaal van de rechter. Van één aan het wettelijk sanctiestelsel ten grondslag liggende (straf)theorie is dan ook geen sprake, eerder van een rechtscultuur die ruimte geeft aan de vaak divergerende eisen zo-

21 C. Kelk, 'Het nulla poena-beginsel behoeft opfrissing', in: M.M. Dolman e.a. (red.), *Geleerde lessen. Liber amicorum Simon Stolwijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 95-111.

22 Zie in deze zin o.m.: Borgers 2005, p. 130.

23 In deze zin o.m.: D. Van Der Landen, *Straf en maatregel* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1992; T. Kooijmans, *Op maat geregeld? Een onderzoek naar de grondslag en normering van de strafrechtelijke maatregel* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2002; J. De Hullu, 'Enkele suggesties voor herziening van het strafrechtelijk sanctiestelsel', in: *Herziening van het sanctiestelsel* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2002-I), Deventer: Kluwer p. 1-88; F.W. Bleichrodt, 'Het strafrechtelijk sanctiestelsel in de revisie', in: *Herziening van het sanctiestelsel* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2002-I), Deventer: Kluwer, p. 89-166.

24 Zie bijvoorbeeld: *Kamerstukken II* 1984/85, 19 075, nr. 3, p. 15.

als die tot uitdrukking komen in de diverse strafdoeleinden. Daarbij past in grote lijnen een terughoudende opstelling van de wetgever ten aanzien van de door de rechter te maken keuzes over de straf.

De relatie tussen het vertrouwen in de rechter en de vrijheid van de rechter bij de straftoemeting lijkt dan ook op verklarend niveau in samenhang te moeten worden beschouwd met visies op legaliteit en voorkeuren voor aan het strafrechtelijk sanctiestelsel ten grondslag te leggen doelstellingen. Waar de vrijheid van de rechter bij de straftoemeting gecorreleerd is aan het vertrouwen dat de rechtsprekende macht geniet, zou diezelfde vrijheid van de strafrechter eveneens moeten worden gezien in het licht van rechtspolitieke en maatschappelijke opvattingen over de doelstellingen van het strafrechtelijk sanctiestelsel en de straftoemeting in de praktijk. Aldus beschouwd is het wetgevingsdiscours dat raakt aan de vrijheid van de strafrechter niet enkel een vraagstuk van vertrouwen in de rechtspraak. Daarmee zou dat discours mijns inziens ook te kort worden gedaan, nog daargelaten het gegeven dat het vertrouwen van de burger in de rechtspraak en het rechtsstelsel in de afgelopen jaren niet (noemenswaardig) lijkt te zijn gedaald.²⁵ Het voorstel dient eveneens te worden beoordeeld op zijn merites ten aanzien van de grondslagen en doelstellingen van het strafrechtelijk sanctiestelsel – daarin vindt immers de rechterlijke vrijheid in abstracte zin ook zijn richting en gebondenheid. Door de keuzemogelijkheden van de strafrechter te beperken of voor te structureren, maakt de wetgever dan ook op het niveau van grondslagen en doelstellingen van het straffen een specifieke keuze: het pallet aan tenuitvoerleggingsmodaliteiten dat ligt besloten in de taakstraf (in welk verband de inzichtelijkheid daarvan terecht wordt bekritiseerd) komt voor een deel buiten bereik van de strafrechter én de verdachte te liggen. De vraag moet dan ook worden gesteld of dat aan herstel en speciale preventie gerelateerde doelstellingen daarmee ondergeschikt worden gemaakt aan meer op vergelding georiënteerde sancties.

Op grond van het bovenstaande dienen zich drie perspectieven aan die bij een beoordeling van de voorgestelde regeling met betrekking tot het beperken van de mogelijkheden tot oplegging van taakstraffen van belang zijn. Vanuit het vertrouwen in de rechter, als constitutief element voor de bestaande vrijheid van de rechter van belang, zijn in aanvulling daarop legaliteit en de grondslagen en doel-

²⁵ T. van der Meer, *Vertrouwen in de rechtspraak: empirische bevindingen* (Rechtsreeks-1), Den Haag: Raad voor de Rechtspraak 2004; Sociaal en Cultureel Planbureau, *De sociale staat van Nederland 2007*, Den Haag 2007, p. 78.

einden van het strafrechtelijk sanctiestelsel aspecten die een plaats toekomen in een integrale beoordeling van het concept wetsvoorstel. De vraag is hoe deze thema's, in het licht van het wetgevingsdiscours van de laatste jaren, aan de orde zijn gekomen.

3 Wetgevingsdiscours dat raakt aan de vrijheid van de strafrechter

3.1 *Het conceptwetsvoorstel taakstraffen*

In het conceptwetsvoorstel beperking taakstraffen wordt een deel van de discussie weergegeven die bij de invoering van de Wet taakstraffen werd gevoerd over de keuze van de rechter tot oplegging ervan. Deze regeling bevatte geen beperking van het type delicten waarbij oplegging van taakstraffen mogelijk was. De bedoeling van de wetgever was weliswaar duidelijk en aangegeven werd dan ook dat het openbaar ministerie te dien aanzien een terughoudend strafvorderingsbeleid zou (moeten) voeren. Op verschillende plaatsen wordt duidelijk dat opnemings van een beperkende catalogus van strafbare feiten als onwenselijk wordt beschouwd, in het bijzonder vanwege de *systematische* breuk met het stelsel van het strafrecht die daarmee zou worden gerealiseerd.²⁶ Daarnaast diende volgens de minister te worden gekeken naar het belang van een individuele afweging die zozeer van belang is om in ieder afzonderlijk geval de meest passende sanctie op te leggen. Het gewenste logische verband tussen delict en sanctie diende, aldus de minister, te worden bewerkstelligd via de band van het stelsel van strafvordering.²⁷ Deze grondhouding ten aanzien van de taak- en verantwoordelijkheidsverdeling tussen de machten van de staat bij de straffoemeting wordt door de huidige Minister van Justitie erkend, maar is tegelijkertijd onderhevig aan verandering. 'De gegroeide praktijk vormt voor de regering aanleiding om thans niet meer te volstaan met richtlijnen van het openbaar ministerie, maar ook om in de wetgeving tot uitdrukking te brengen dat de taakstraf voor ernstige misdrijven geen passende straf is.'²⁸ De minister lijkt niet te willen ontkennen dat de bestaande praktijk in grote lijnen in

26 *Kamerstukken II* 1999/00, 26 114, nr. 3, p. 8. Zie ook de discussie naar aanleiding van het daartoe strekkende amendement van Van de Camp (CDA): *Kamerstukken II* 1999/00, 26 114, nr. 11; *Handelingen II* 1999/00, 37 en 38.

27 *Handelingen II* 1999/00, 38, p. 2930.

28 Memorie van toelichting bij het Concept wetsvoorstel Beperken van de mogelijkheden om een taakstraf op te leggen voor ernstige zeden- en geweldsmisdrijven, p. 2; te raadplegen via www.justitie.nl.

overeenstemming is met de uitgangspunten van wetgeving en beleid. Sterker, hij deelt deze conclusie.²⁹ Het is om die reden de vraag waar de minister op doelt waar hij (zie hierboven) verwijst naar de gegroeide praktijk. Als de minister daarbij niet het oog kan hebben op de straftoemetingspraktijk, dan moet hij wel verwijzen naar de in het Wetboek van Strafrecht neergelegde en doorgegroeide verhoudingen binnen de Trias Politica en/of de grondslagen en doelstellingen van het bestaande sanctiestelsel. Een nadere analyse van de gedachtewisseling tussen parlement en minister over de beperking van de mogelijkheden voor de rechter om taakstraffen op te leggen, plaatst een en ander in een helderder daglicht.

Op 26 juni stuurde de minister het onderzoek *Moord, doodslag, taakstraf? Een Zembla-uitzending nader bekeken* naar de Tweede Kamer. In de begeleidende brief spreekt de minister zich ondubbelzinnig uit over de onwenselijkheid van het meer dan bij uitzondering opleggen van taakstraffen bij ernstige delicten.³⁰ Teneinde te bewerkstelligen dat dit in de toekomst nog kan voorkomen, stelt de minister drie maatregelen voor: Aanscherping van de Aanwijzing taakstraffen via overleg met het College van P-G's, controle op de toepassing van deze Aanwijzing in de praktijk en het versterken van het bestraffende karakter van de taakstraf. In aanvulling daarop stelt de minister in de brief te overwegen of een wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het beperken van de mogelijkheden tot oplegging van taakstraffen zinvol kan zijn.³¹ Tijdens een algemeen overleg van de vaste commissie voor Justitie op 8 oktober 2008 wordt duidelijk wat de minister daarmee bedoeld heeft te zeggen: er wordt een wetsvoorstel van die strekking voorbereid.³² Dat schept verwarring in het licht van de bijdrage van Balkenende tijdens de algemene politieke beschouwingen op 18 september 2008, waarin de minister-president de Kamer ontraadt een motie van de hand van Rutte, Verdonk en Van der Vlies te aanvaarden die er op is gericht de regering met spoed met een wetsvoorstel te laten komen waarin het opleggen van taakstraffen voor ernstige geweldsmisdrijven en zedenmisdrijven onmogelijk wordt gemaakt. Naar het oordeel van de minister-president moet wetgeving op dat terrein op dat moment als een stap

29 Memorie van toelichting bij het Concept wetsvoorstel Beperken van de mogelijkheden om een taakstraf op te leggen voor ernstige zeden- en geweldsmisdrijven, p. 2.

30 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 VI, nr. 172, p. 1.

31 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 VI, nr. 172, p. 2.

32 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 67, p. 16.

te ver worden beschouwd.³³ Tijdens het genoemde algemeen overleg op 8 oktober 2008 preludeert de minister evenwel nadrukkelijk op het dan nog in voorbereiding zijnde concept en geeft hij aan langs welke lijnen wordt gedacht. Kernpunt zal zijn dat kale taakstraffen worden uitgesloten voor zware zeden- en geweldsdelicten waarbij de geestelijke en lichamelijke integriteit ernstig is aangetast. In het oog springt voorts de lijn dat de rechter de mogelijkheid behoudt om ook bij delicten waarbij oplegging van een taakstraf in beginsel ongewenst is, tot oplegging daarvan over te gaan. In een dergelijke situatie zou dan ofwel een zware motiveringseis komen te gelden, ofwel een koppeling dienen te bestaan met een voorwaardelijke vrijheidsstraf. De minister stelt derhalve in eerste instantie niet uit te zijn op een vorm van rigiditeit in de regelingen met betrekking tot de straftoemeting en geeft aan een zekere vrijheid voor de rechter te willen behouden.³⁴ De aanwezige Kamerleden geven aan de lijn van de minister in grote lijnen te steunen. In dat verband zijn zij ook vrij open in hun posities met betrekking tot de doelstellingen van deze voorgenomen wetswijziging: in de kern komt dit neer op een herwaardering van het sanctiearsenaal vanuit een meer op vergelding georiënteerde houding, zoals ook tot uitdrukking komt in de visie van Teeven (VVD). Waar in het rapport van de Raad voor de rechtspraak en het openbaar ministerie naar voren komt dat de strafoplegging in de praktijk nogal gestuurd wordt door overwegingen die zijn gerelateerd aan de persoon van de dader, moet naar het oordeel van Teeven toch primair gekeken worden naar de slachtoffers, de impact van het delict op de samenleving en de geschoktheid van de rechtsorde.³⁵ Ook in de bijdrage van De Roon (PVV) ligt deze nadruk op vergelding besloten, terwijl Heerts (PvdA) en De Wit (SP) zich wat gematigder opstellen en ruimte willen laten voor afwijking in het individuele geval.³⁶ De minister uit zich voorzichtiger en zoekt de samenhang met de beoordeling in het individuele geval, maar dat neemt niet weg dat de hoofdlijn op dat moment al een gegeven is.

33 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700, nr. 14 (Motie van het lid Rutte c.s.); *Handelingen II*, 3-175.

34 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 67, p. 17-18.

35 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 67, p. 5.

36 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 VI, nr. 67, p. 13-14, resp. 11-13 en 8-10.

3.2 De Wet herijking strafmaxima

De functie van het strafmaximum valt grofweg uiteen in de betekenis die het heeft voor de systematiek voor het stelsel van straf(proces)-recht en voor de beslissing van de rechter in individuele gevallen. Vanuit de doelstellingen van het straffen kan men stellen dat het strafmaximum uit oogpunt van generale preventie in potentie een belangrijke, afschrikwekkende functie vervult en zich derhalve ook tot de burger richt. In het strafmaximum komt de opvatting van de wetgever tot uitdrukking over de (relatieve) ernst van het strafbaar gestelde feit. Uit oogpunt van wetssystematiek is het strafmaximum als ijkpunt voor de relatieve ernst van het delict van belang voor de bepaling van de onderlinge verhouding tussen de delicten. In de verhoudingen daartussen dient een consistent en rationeel bepaalbaar patroon terug te vinden zijn. Het was met name deze opvatting die ten grondslag lag aan het verzoek van de wetgever tot inventarisatie van de wettelijke strafmaxima en de verschuivingen die zich hebben voorgedaan in de uitgangspunten die gelden of golden bij de vaststelling daarvan. Het onderzoek naar de systematiek van de wettelijke strafmaxima van De Hullu, Koopmans en De Roos vormt de weerslag daarvan en de opmaat tot een omvangrijk wetgevingstraject, leidende tot de Wet herijking strafmaxima.³⁷

Het is interessant te bezien wat naar het oordeel van de wetgever de belangrijkste doelstellingen waren van deze wet en op welke wijze in dat verband de straftoemeting door de rechter tegemoet werd getreden. Daarbij past wel een belangrijke relativering. Aangenomen moet worden dat het wettelijk strafmaximum van belang is voor de beslissing van de rechter in individuele gevallen, het biedt immers de absolute bovengrens van de op te leggen straf. Bovendien geeft het strafmaximum, als algemene indicator van de ernst van het delict, een indicatie van de ernst van het gepleegde feit. Daar staat tegenover dat de strafmaxima vrijwel nooit worden opgelegd.³⁸ De relatieve betekenis van de wettelijke strafmaxima voor de straftoemeting door de rechter weerspiegelt in de achtergronden van de Wet herijking strafmaxima: de herijking wordt gebaseerd op de gedachte dat

37 J. De Hullu, I.M. Koopmans en Th.A. De Roos, *Het wettelijk strafmaximum*, Deventer: Gouda Quint 1999. Wet van 22 december 2006, *Stb.* 2006, 11 (i.w.tr. op 1 februari 2006).

38 P.M. Schuyt, 'Grenzeloos straffen: een gedachte-experiment', in: R.H. Haveman en H.C. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 35-43.

de strafmaxima historisch zijn bepaald, maar op zichzelf en in hun onderlinge verhouding niet meer tot uitdrukking behoeven te brengen in welke mate het strafbare feit maatschappelijk onaanvaardbaar wordt geacht.³⁹ In de toelichtingen op het wetsvoorstel wordt bovendien, in antwoord op daarop gerichte vragen, gesteld dat de verhoging van de bedoelde strafmaxima niet (tevens) een verhoging van de strafmaat in individuele gevallen behoeft te impliceren. Zij kan, aldus de minister, evengoed of zelfs beter worden verstaan als een reactie van de wetgever op maatschappelijke tendensen en een geleidelijke verhoging van de strafmaat in de strafrechtspraktijk. In zoverre zou zij eerder responsief dan directief van karakter zijn, aldus de minister.⁴⁰ Of dat daadwerkelijk zo is uitgekapt, is niet vastgesteld.

3.3 *Het kabinetsstandpunt inzake minimumstraffen*

Het algemeen strafminimum heeft, in tegenstelling tot de onderscheidenlijke strafmaxima, geen systematische functie, maar vormt de uitdrukking van de complexe gedachte dat de ernst van de gepleegde strafbare feiten dusdanig kan zijn dat daarvoor weliswaar een straf dient te worden opgelegd, maar waarvoor in abstracto geen passend minimum lijkt te kunnen worden bepaald. Voor die gevallen geldt dus de lichtst denkbare en bepaalbare sanctie, waarvan nog wordt gesteld dat deze het karakter van een straf bezit, te weten een dag vrijheidsstraf en een boete van drie euro.

De wijze waarop de minima in de strafwet zouden moeten zijn omschreven, vormt sinds een aantal jaren een onderwerp dat met enige regelmaat de aandacht trekt. Mede als gevolg van een toegenomen beweging tot harmonisering van de verschillende strafrechtstelsels binnen de Europese Unie, maar thans vooral vanwege een verschuivende nationale context van het debat over (de hoogte van de) strafbedreigingen en de strafoplegging in individuele gevallen lijkt de betreffende stilte rondom dit aspect van de structuur van de strafbedreiging verleden tijd te zijn.⁴¹ De lijst van voorstellen vanuit de Tweede Kamer waarin wordt opgeroepen tot het invoeren van de-

39 *Kamerstukken II* 1997/98, 24219, nr. 18; *Kamerstukken II* 2001/02, 28484, nr. 3, p. 1.

40 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 484, nr. 7, p. 3.

41 Deze ontwikkeling is feitelijk in gang gezet door het inmiddels ingetrokken wetsvoorstel tot invoering van minimumstraffen bij bepaalde geweldsdelicten. Zie *Kamerstukken II* 2002/03, 28 640, nr. 1-3. Het wetsvoorstel is vanwege de gebleken complexiteit van het onderwerp ingetrokken bij brief d.d. 26 juni 2006 (*Kamerstukken II* 2002/03, 28 640, nr. 4).

lictspecifieke minimumstraffen, is inmiddels aanzienlijk. Het meest omvangrijke voorstel tot invoering van delictspecifieke minimumstraffen tot nu toe is onlangs bij de Tweede Kamer ingediend door De Roon (PVV). Voorgesteld worden onder meer minimumstraffen voor deelneming aan een criminele organisatie, mensenhandel, het bezit van kinderporno, verkrachting en oplichting.⁴² Vanzelfsprekend raken dergelijke voorstellen de vrijheid van de rechter, de ruimte voor de vaststelling van de strafmaat is binnen een stelsel van minimumstraffen immers kleiner dan binnen het huidige Nederlandse stelsel. De wetgever stelt zich tot dusver consequent op het standpunt dat invoering van minimumstraffen voor welk delict dan ook niet wenselijk is. Daarbij wordt steevast verwezen naar het kabinetsstandpunt daaromtrent uit 2003.⁴³ Daarin worden, grotendeels op basis van de studie van Van Kalmthout en Tak,⁴⁴ verschillende argumenten tegen de invoering van delictspecifieke minimumstraffen aangevoerd. In de eerste plaats hanteert de regering een effectiviteitsargument: niet kon worden vastgesteld of delictspecifieke minimumstraffen zouden bijdragen aan een effectievere bijdrage aan de bestrijding van criminaliteit dan wetgeving zonder minimumstraffen.⁴⁵ Voorts wordt in de brief ingegaan op het vraagstuk van sturing van de straftoemeting. Daarbij wordt, wijzend naar de situatie in Duitsland, aangegeven dat uit dat oogpunt van delictspecifieke minimumstraffen weinig hoeft te worden verwacht. Sturing van de straftoemeting, zo wordt gesteld, vindt plaats over de band van de richtlijnen van het openbaar ministerie.⁴⁶ Niet onbelangrijk lijkt ook de vaststelling dat invoering van delictspecifieke minimumstraffen vanwege de vele systematische consequenties een bijzonder ‘groot beslag op de beschikbare wetgevingscapaciteit leggen.’⁴⁷

42 Voorstel van wet van het lid De Roon tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en van enige andere wetten, strekkende tot wijziging van het sanctiestelsel, tot wijziging van de leeftijdsgrenzen in het strafrecht en tot aanscherping van de bepalingen inzake voorlopige hechtenis, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 938, nr. 1-3.

43 *Kamerstukken II* 2002/03, 29 049, nr. 1.

44 A.M. Van Kalmthout en P.J.P. Tak, *Ups en downs van de minimumstraf. Een verkennende studie naar het voorkomen van minimumstraffen in Frankrijk, België, Duitsland, Engeland en Wales*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003.

45 *Kamerstukken II* 2002/03, 29 049, nr. 1, p. 6.

46 *Kamerstukken II* 2002/03, 29 049, nr. 1, p. 6.

47 *Kamerstukken II* 2002/03, 29 049, nr. 1, p. 7.

3.4 Visies op legaliteit? Sancties in Perspectief

De nota *Sancties in Perspectief* uit 2000 is opgebouwd vanuit een algemeen kader van ontwerpcriteria of randvoorwaarden voor een eventuele herziening van het strafrechtelijk sanctiestelsel. Beveiliging, legaliteit, menswaardigheid, transparantie, flexibiliteit en innovatieve kracht, doelmatigheid en slagvaardigheid vormen de bakens of voorwaarden waarop men zich dient te richten of welke dienen te zijn gewaarborgd.⁴⁸ De voorstellen tot herziening die op grond hiervan worden gedaan, hebben betrekking op een grote verscheidenheid aan onderwerpen: o.m. wijzigingen in de regeling van de voorlopige hechtenis, de voorwaardelijke veroordelingen, de mogelijkheden van buitengerechtelijke afdoening, de taakstraffen, een herziening van de Penitentiaire beginselenwet, en de herziening van de vervroegde invrijheidsstelling.⁴⁹ De nota benadrukt vooral de voorspelbaarheid in de sanctietoepassing. In de regelgeving dient helder te zijn neergelegd in welke gevallen welke sancties kunnen worden opgelegd en hoe deze kunnen worden uitgevoerd.⁵⁰

In de nota *Sancties in Perspectief* wordt de vrijheid van de rechter in de kern vanuit twee perspectieven en soms op indirecte wijze besproken. In de eerste plaats beziet de nota de rol van de strafrechter in verband met de dan ontluikende gedachten tot invoering van de strafbeschikking en de rol van de rechter bij vrijheidsbepenkende en vrijheidsbenemende sancties en het vraagstuk van uniformi-

48 Vegter bekritiseert deze poging tot ordening van ongelijksoortige argumenten en criteria voor de inrichting van het sanctiestelsel vanwege haar gebrekkig wetenschappelijke fundament en resultaatloze uitkomst daarvan. Zie: P.C. Vegter, 'Het sanctiestelsel op de schop?' *Justitiële Verkenningen* 2000-4, p. 20.

49 *Sancties in Perspectief. Beleidsnota inzake de heroriëntatie op de toepassing van vrijheidsstraffen en vrijheidsbepenkende straffen bij volwassenen*, Den Haag: ministerie van Justitie 2000, p. 65-67. Nadere voorstellen met betrekking tot de vervroegde invrijheidsstelling zijn gedaan door: *Voorwaarden voor een veilige terugkeer*, Den Haag: ministerie van Justitie 2002. Een nadere wettelijke regeling hieromtrent wordt voorgesteld in: *Kamerstukken II* 2005/06, 30 513, nr. 1-3. Voorstellen met betrekking tot de voorwaardelijke veroordeling worden gedaan door: Commissie Vrijheidsbeperking, *Vrijheidsbeperking door voorwaarden. De voorwaardelijke veroordeling en haar samenhang met de taakstraf, de voorlopige hechtenis en de voorwaardelijke invrijheidsstelling*, Den Haag: ministerie van Justitie 2003.

50 *Sancties in Perspectief. Beleidsnota inzake de heroriëntatie op de toepassing van vrijheidsstraffen en vrijheidsbepenkende straffen bij volwassenen*, Den Haag: ministerie van Justitie 2000, p. VII.

teit in de straftoemeting.⁵¹ De nota is niet onverdeeld negatief over die rechterlijke vrijheid: de kwaliteit van de rechtspleging hoeft in dergelijke gevallen niet in het geding te zijn als het ‘voortraject’ maar voldoende geüniformeerd is. Systemen als BOS-Polaris spelen in dat verband een belangrijke rol en werken ook door op de wijze waarop vanuit oogpunt van legaliteit en de daaruit voortvloeiende eisen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid naar de rechterlijke vrijheid bij de straftoemeting wordt gekeken. In de visie op legaliteit zoals die in de nota wordt beschreven, worden voorspelbaarheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid in het bijzonder gerealiseerd via de nadere ontwikkeling van strafvorderingrichtlijnen van het openbaar ministerie en de oriëntatiepunten voor de straftoemeting van de zittende magistratuur.⁵²

4 Van terughoudend naar directief: de rechtspolitieke dimensie van sturing van de straftoemeting door de wetgever

De nota *Sancties in Perspectief* is misschien het meest exemplarisch voor de wijze waarop de wetgever zich traditioneel opstelt ten opzichte van de straftoemetingspraktijk: voorspelbaarheid, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid worden in het bijzonder gerealiseerd via de nadere ontwikkeling van strafvorderingrichtlijnen van het openbaar ministerie en de oriëntatiepunten voor de straftoemeting van de zittende magistratuur. Keuzes voor aan de straf ten grondslag te leggen redenen en doelstellingen zijn, overeenkomstig de wettelijke regeling van het sanctiepallet, grotendeels voorbehouden aan de strafrechter. Het conceptwetsvoorstel taakstraffen brengt daarin verandering. Zichtbaar is in ieder geval dat daaraan een zekere verschuiving in het denken over grondslagen en doelstellingen van het straffen ten grondslag ligt – het concept benadrukt in de kern het vergeldende karakter van de (taak)straf en beoogt de rechter met dat doel te sturen. Deze ver-

⁵¹ In het licht van die discussie wordt opgemerkt dat een doelmatige inzet van de strafrechter eruit bestaat dat deze zich vooral zou moeten bezighouden met beslissingen ten aanzien van vrijheidsbenemende sancties. Dat, aldus de nota, wordt slechts verantwoord geacht indien de beoordelingsvrijheid van de strafrechter betrekkelijk groot is. Het risico daarvan zou zijn dat er verschillen ontstaan in rechterlijke uitspraken. *Sancties in Perspectief. Beleidsnota inzake de heroriëntatie op de toepassing van vrijheidsstraffen en vrijheidsbeperkende straffen bij volwassenen*, Den Haag: ministerie van Justitie 2000, p. 19-20.

⁵² *Sancties in Perspectief. Beleidsnota inzake de heroriëntatie op de toepassing van vrijheidsstraffen en vrijheidsbeperkende straffen bij volwassenen*, Den Haag: ministerie van Justitie 2000, p. 19-20.

schuiving in de attitude van de wetgever ten opzichte van de rechterlijke straftoemetingsvrijheid kan tot de conclusie leiden dat de in het sanctiestelsel en het stelsel van regelingen met betrekking tot de straftoemeting besloten liggende terughoudendheid van de wetgever aan erosie onderhevig is. Dat verdient zowel ten opzichte van het openbaar ministerie als de zittende magistratuur een nadere motivering, terwijl ook de zelfstandige rol van de wetgever aan de orde moet komen. Dat laatste wordt hieronder kort uitgewerkt.

4.1 Meer dan punitiviteit

In het licht van het verschijnsel ‘populist punitiveness’, op grond waarvan werd vastgesteld dat aan een inperking van de ruimte van de rechter bij de straftoemeting veelal een meer punitieve grondhouding ten aanzien van het strafrechtelijk beleid en de straftoemeting door de rechter ten grondslag ligt, dient de ogenschijnlijke onvermijdelijkheid in de relatie tussen het inperken van de vrijheid van de rechter door de wetgever en een meer punitieve koers in het strafrechtelijk beleid en de straftoemeting ter discussie te worden gesteld. Vanuit oogpunt van wetgeving kan in dat verband worden gedacht aan de aard en dynamiek van het politieke debat dat van invloed is op de inhoud van wetgeving. Dit debat wordt ten aanzien van het strafrecht nogal eens bepaald door de vooronderstelling dat de maatschappij van de wetgever een harde, op vergelding gerichte koers eist – een vooronderstelling die evenwel door verschillende empirische onderzoeken moet worden genuanceerd. Zo is bijvoorbeeld steeds meer bekend dat het meten van attitudes ten aanzien van het strafrechtelijk beleid, dat veelal leidt tot de vaststelling dat de opinie van het publiek is dat er in Nederland te licht wordt gestraft, iets anders is dan het vragen van oordelen van burgers in concrete strafzaken. In dat laatste geval, zo lijkt onderzoek onder leken uit te wijzen, wijken oordelen van rechters en burgers minder van elkaar af en lijkt slechts een beperkt hogere punitiviteit bij burgers aanwezig.⁵³ Wat in algemene zin

53 J.W. De Keijser, P.J. Van Koppen en H. Elffers, *Op de stoel van de rechter. Oordeelt het publiek net zo als de strafrechter?*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2006. Zie evenwel ook: J. de Keijser en H. Elffers, ‘Straffen in context: Het effect van referentiekaders op de publieke opinie over straf’, *Tijdschrift voor Criminologie* 2008-3, p. 233-247. Zie ook: K. Gelb, ‘Myths and misconceptions: public opinion versus public judgment about sentencing’, in: A. Freiberg & K. Gelb, *Penal populism, sentencing councils and sentencing policy*, Devon: Willan Publishing 2008, p. 68-82 en A. Freiberg & K. Gelb, ‘Penal populism, sentencing

→

een attitude is, hoeft dan ook niet noodzakelijkerwijs te duiden op een noodzaak in de praktijk, terwijl algemeen bekend is in de literatuur dat de uitspraak van het publiek dat er zwaarder gestraft moet worden uiterst complex is.⁵⁴ Recent onderzoek van Van Kesteren lijkt bovendien te bevestigen dat meer informatie over de kosten van gevangenisstraf leidt tot minder steun voor langere gevangenisstraffen.⁵⁵ Bovendien wijst onderzoek naar publieke opvattingen over het strafrechtelijk beleid dat ook rationaliteit en rechtvaardigheid door burgers van belang worden geacht in het strafrechtelijk beleid. Zo constateerde Doob in Canada een beweging weg van het simplistische debat over harder straffen en de softe aanpak. De meeste Canadezen, zo concludeerde Doob, zijn intelligent genoeg om te begrijpen dat zwaarder straffen niet noodzakelijk de beste manier is om misdaad te bestrijden en betrekken bijvoorbeeld kostenoverwegingen in hun beoordeling van de noodzaak van een punitief beleid.⁵⁶ Deze conclusies werden bevestigd door Hutton, die bovendien in een onderzoek naar publieke opinie in Schotland tot de conclusie kwam dat het publiek een sterk gevoel van rechtvaardigheid bezit en de noodzaak voelt van gerechtvaardigde uitkomsten in individuele strafzaken.⁵⁷ De resultaten van deze onderzoeken wijzen op het problematische begrip publieke opinie en de doorwerking ervan op wetgeving en beleid. Waar de vooronderstelling bestaat dat het publiek een straffer beleid wil, dient in ieder geval op basis van deze en andere onderzoeken te worden gesteld dat een genuanceerde benadering daarvan noodzakelijk is. De rol van de wetgever is in dat verband dan ook essentieel en zal hieronder nader worden bekeken. Kennis van het fenomeen ‘populist punitiveness’ is het probleem niet, de vraag is meer hoe de wetgever zich in dit verband opstelt.

councils and sentencing policy’, in: A. Freiberg & K. Gelb, *Penal populism, sentencing councils and sentencing policy*, Decon: Willan Publishing 2008, p. 4.

54 A.N. Doob & J.V. Roberts, ‘Public punitiveness and public knowledge of the facts: Some Canadian surveys’, in: N. Walker & M. Hough, *Public Attitudes to Sentencing: Surveys from Five Countries*, Aldershot: Gower 1988.

55 J. van Kesteren, ‘Public attitudes and Sentencing Policies Across the World’, *European Journal of Criminology and Criminal Policy* 2009-1, p. 25-46.

56 A.N. Doob, ‘Transforming the punishment environment: Understanding public views of what should be accomplished at sentencing’, *Canadian Journal of Criminology* 2000-3, p. 323-340.

57 N. Hutton, ‘Beyond populist punitiveness?’, *Punishment & Society* 2005-3, p. 255.

4.2 De rol van de (mede)wetgever

Het is bekend dat de rol van de rechter de laatste decennia aanzienlijk is veranderd. Eén van de meest in het oog springende voorbeelden daarvan is de toegenomen regelgevende rol van de rechter, bijvoorbeeld in het bestuursrecht. In het strafrecht geldt dat wellicht iets minder sterk, en kan zelfs (indien de beschreven ontwikkeling zich voortzet) gesproken worden van een omgekeerde beweging: de wetgever lijkt minder terughoudend te zijn geworden, óók op die terreinen die traditioneel tot het domein van de strafrechter werden gerekend. Het probleem is niet zozeer dát de wetgever de touwtjes wat lijkt aan te trekken – dit ligt immers als mogelijkheid besloten in de taakverdeling tussen de machten van de staat. In het licht van de hierboven aan de orde gestelde aanknopingspunten voor een discussie over onderwerpen die raken aan de vrijheid van de rechter bij de straftoemeting, moet worden vastgesteld dat opvattingen over grondslagen en doeleinden van het straffen vrij expliciet aan de orde zijn gekomen en naar alle waarschijnlijkheid ook nog zullen komen. Wat ontbreekt is een nadere verdieping in de rol die de wetgever op dit punt, ook in de toekomst, wenst te spelen. Het valt in dat verband op dat het voorstel geen verbinding legt met vrij recente discussies over de betekenis van legaliteit als ontwerpcriterium, zoals tot uitdrukking kwam in bijvoorbeeld de nota *Sancties in Perspectief*. Er is, naast het inhoudelijke aspect, evenwel meer dan voldoende aanleiding ook die discussie bij de toekomstige behandeling van het voorstel te betrekken. In de eerste plaats laat het conceptwetsvoorstel het antwoord op de vraag waarom in dit geval voor wetgeving wordt gekozen onbeantwoord. Zoals hierboven werd aangetoond lag de kiem daarvoor reeds besloten in de brief van 26 juni 2008 bij de aanbidding aan de Tweede Kamer van het onderzoeksrapport over de oplegging van taakstraffen. Inhoudelijk gemotiveerd werd deze keuze niet. De suggestie die daaruit spreekt, is dat er geanticipeerd werd op de later blijkende overeenstemming onder vele partijen in de Tweede Kamer over de noodzaak van toepassing van wetgeving als instrument ter sturing van de rechterlijke straftoemetingspraktijk. Die meningsvorming werd voornamelijk gebaseerd op gronden die konden worden gerelateerd aan de strafdoeleinden en, in zekere mate, aan de specifieke kwaliteit van de wet als norm(be)vestigend instrument. Omdat dit een systematische breuk zou betekenen, is een nadere bezinning op de eigen rol van de (mede)wetgever aangewezen.

Het vooralsnog wegvallen van deze lijn van argumentatie valt op in het licht van de zelfreflectie die het parlement vrij onlangs heeft

toegepast. Het rapport *Vertrouwen en zelfvertrouwen* wijst in dat verband op vaak conflicterende belangen van de volksvertegenwoordiging als vertolker van gevoelens in de samenleving en als een zelfstandig instituut met een eigen verantwoordelijkheid jegens de parlementaire democratie. In hoofdstuk 3, dat handelt over beelden van vertrouwen en zelfvertrouwen, wordt weergegeven dat Kamerleden het belang zien van betere inhoudelijke debatten, waarmee recht wordt gedaan aan een serieuze invulling van de bevoegdheden van medewetgever en controleur en waardoor burgers zich goed vertegenwoordigd voelen.⁵⁸ Tevens wordt het ongemak duidelijk dat bestaat ten aanzien van de toegenomen incidentenpolitiek.⁵⁹

Wat ontbreekt in het rapport en in de discussie naar aanleiding daarvan, is een discussie over en een verbinding tussen de taakopvatting van het parlement als medewetgever en de wijze waarop inhoudelijk de accenten worden gelegd en de verantwoordelijkheid voor het geheel wordt genomen. Wellicht dat dit te maken heeft met een kennisachterstand. Uit de zelfreflectie blijkt dat men op dat punt verbeteringen noodzakelijk acht – het verbeteren van de persoonlijke en facilitaire ondersteuning van Kamerleden wordt aanbevolen.⁶⁰ Tegelijkertijd is dat ook een vraagstuk van attitude en taakopvatting. Het wegnemen van dit praktische probleem kan niet anders dan tot gevolg hebben dat de materiële invulling van de taak van een parlementariër op de voorgrond komt te staan. Slechts weinigen hebben tot dusver naar aanleiding van de zelfreflectie de relatie tussen taakopvatting en kwaliteit van (mede)wetgeving expliciet aan de orde willen stellen. Halsema (GroenLinks) doet dat wel tijdens een notaoverleg van de commissie voor de Werkwijze der Kamer naar aanleiding van de zelfreflectie en wijst er op dat een toenemend aantal partijen het parlement enkel lijkt te gebruiken voor electoraal gewin en geen oog lijkt te hebben voor de zelfstandige positie en functie als medewetgever. In het licht van het conceptwetsvoorstel dat hier wordt besproken, gaat het te ver de Kamerleden dit voor de voeten te werpen. Wel lijkt de politieke druk en de daarachter schuilgaande (vermeende) maatschappelijke wens tot harder straffen een rol te spelen in het wetgevingsdiscours. In haar bijdrage aan het debat over de voorge-

⁵⁸ Tweede Kamer der Staten-Generaal, *Vertrouwen en zelfvertrouwen. Analyse en aanbevelingen*, Den Haag: 2009, p. 34.

⁵⁹ Tweede Kamer der Staten-Generaal, *Vertrouwen en zelfvertrouwen. Analyse en aanbevelingen*, Den Haag: 2009, hoofdstuk 6.

⁶⁰ Tweede Kamer der Staten-Generaal, *Vertrouwen en zelfvertrouwen. Analyse en aanbevelingen*, Den Haag: 2009, p. 59.

nomen herziening van het Wetboek van Strafvordering heeft Cleiren in dat verband al eerder aandacht gevraagd voor de verschillende argumenten/belangen die in een consistente benadering van de totstandkoming van rechtsnormen een rol dienen te spelen. Naast de politieke rationaliteit, formuleerde zij de waardenrationaliteit, de juridisch-systematische rationaliteit, de ketenrationaliteit met de daarin tot uitdrukking komende rollen van de onderscheiden actoren in de strafrechtspleging en de economische rationaliteit.⁶¹ Het lijkt er op dat de politieke rationaliteit tot dusver dominant is. Juridisch-systematische overwegingen, aspecten die samenhangen met de grondslagen en doelstellingen van het straffen – het zijn handvatten voor een discussie straks in de Tweede Kamer. Handvatten waar ook de Tweede Kamer naar op zoek lijkt. Legaliteit behelst (ook) een opdracht tot ordening en dient in dit geval als aanknopingspunt voor zowel de nadere discussie over de inhoud van het concept wetsvoorstel als voor de eigen taakopvatting van de Tweede Kamer.

Kelk schreef in 2007 met een vooruitziende blik dat het nulla poena-beginsel opfrissing behoeft. In het licht van recente ontwikkelingen ten aanzien van de voorwaardelijke invrijheidsstelling, het elektronisch toezicht én de taakstraffen lijkt die bewering maar al te juist. Legaliteit is echter meer dan punitiviteit. Kelk vraagt in dat verband aandacht voor meer transparantie in de identiteit van sancties, in de samenhang omtrent de regels die gelden voor oplegging van de diverse sanctiesoorten, de tenuitvoerlegging⁶² en algemene wettelijke ‘sanctietoemettingsregels’.⁶³ Dat tekent de breedheid van de problematiek die met het concept wetsvoorstel taakstraffen zal meeliften.

5 Slow politics

De rechterlijke vrijheid bij de straftoemeting is geen doel op zich, maar verbonden met het uitgangspunt in het individuele geval zoveel mogelijk recht te doen aan alle bij de straftoemeting betrokken belangen. Het blijft vooralsnog onduidelijk waarom de wetgever in het conceptwetsvoorstel taakstraffen lijkt te hebben gekozen voor een koers die zowel op het rechtsstatelijk niveau als op het niveau van de

61 C.P.M. Cleiren, ‘De wetgever aan zet’, in: C.H. Brants e.a. (red.), *Op zoek naar grondslagen. Strafvordering 2001 ter discussie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 69-72.

62 Zie in dat verband de recente vaststelling dat rechters weinig lijken te weten van het effect van wat wordt opgelegd: M. Boone e.a., *De tenuitvoerlegging van sancties: maatwerk door de rechter?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

63 Kelk 2007, p. 104-109.

grondslagen en doelstellingen van het sanctiestelsel lijkt af te wijken van dit uitgangspunt. Dat vertroebelt ook het zicht op de betekenis van de rechterlijke vrijheid bij de straftoemeting en, belangrijker nog, de betekenis van de daarmee verbonden achtergrond van zowel de eigen rol van de wetgever als de meervoudigheid van sanctiedoeleinden. Een vooruitkijkende blik naar het verleden leert dat een sturende overheid op het terrein van de straftoemeting nogal eens een punitieve koers lijkt te varen. Dat is niet alleen een kwestie van vertrouwen in de rechter – een meer legistische visie op de wettelijke regeling van de straftoemeting moet leiden tot discussies over de daaraan ten grondslag te leggen doelstellingen.

In de parlementaire zelfreflectie wordt gewezen op het afgenomen aantal juristen onder Kamerleden.⁶⁴ In zijn essay bij die zelfreflectie stelt Van den Berg dat de Tweede Kamer vroeger misschien teveel bedaagde juristen telde, maar de huidige te weinig.⁶⁵ Vanzelfsprekend behoort het recht niet alleen toe aan de juristen. Toch is het recht wel een instrument waarvoor, zoals het geval is bij iedere beroepsgroep, kwaliteitseisen gelden. De kwaliteit van het recht wordt mede bepaald door de mate waarin recht wordt gedaan aan onderliggende waarden, doelstellingen en systematische congruentie en consistentie. De borging van die kwaliteit is een gedeelde verantwoordelijkheid met een nadrukkelijke positie van het parlement als medewetgever. Het is te hopen dat de Tweede Kamer haar eigen aanbevelingen serieus neemt en toepast op de behandeling van dit wetsvoorstel. Het geeft daartoe aanleiding en het is het waard. Dan maar ‘slow politics’.

64 Tweede Kamer der Staten-Generaal, *Vertrouwen en zelfvertrouwen. Analyse en aanbevelingen*, Den Haag 2009, p. 40.

65 ‘De negentiende eeuw telde wellicht te veel bedaagde juristen in de Tweede Kamer; de huidige telt er te weinig’, in: J.Th.J. van den Berg, ‘De parlementaire orde is een politieke orde’, essay opgenomen in: Tweede Kamer der Staten-Generaal, *Vertrouwen en zelfvertrouwen. Analyse en aanbevelingen*, Den Haag: 2009, p. 152.